



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85063>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

DE BOCHT VAN DE HERENGRACHT

Beantwoording rechtsvraag (338) Internationaal Privaatrecht/Goederenrecht

Prof.mr. H.L.E. Verhagen & mw. mr. S. van Dongen*

Casus

In september 2008 heeft het Rijksmuseum het schilderij *De bocht van de Herengracht* (Gerit Berckheyde, 1671-72) gekocht van de Nederlandse zakenman Reijtenbagh. Dit schilderij maakte deel uit van de omvangrijke kunstcollectie van Reijtenbagh, een voormalig huisarts uit Almelo die vanaf de jaren tachtig een fortuin heeft vergaard met het beleggen in aandelen van voornamelijk noodlijdende bedrijven.

Tot ontsteltenis van het Rijksmuseum werd in april 2009 echter bekend dat Reijtenbagh zijn kunstcollectie, inclusief het schilderij van Berckheyde, al in 2006 had verpand aan de Amerikaanse bank JP Morgan Chase. De collectie hing destijds in het appartement van Reijtenbagh in de Trump Tower in New York en volgens de afspraken die Reijtenbagh met de bank had gemaakt, diende dit zo te blijven. Aan deze afspraken heeft Reijtenbagh zich echter kennelijk niet gehouden. *De bocht van de Herengracht* is namelijk in een aantal musea tentoongesteld, voor zover bekend onder meer in het Mauritshuis in Den Haag (september 2008) en in de National Gallery of Art in Washington (april 2009). Vanwege grote financiële problemen van Reijtenbagh wenst JP Morgan Chase een beroep te doen op haar recht om het schilderij executoriaal te verkopen. Volgens JP Morgan Chase had het Rijksmuseum kunnen weten dat op het schilderij een zekerheidsrecht rustte, aangezien in een openbaar register in New York te achterhalen was geweest dat Reijtenbagh zekerheden had verstrekt aan JP Morgan Chase (zie o.m. §9-315(a)(1) jo. §9-317(b) en §9-310(a) jo. §9-501 e.v. *Uniform Commercial Code*).

Vraag 1

Naar welk rechtstelsel dient u volgens Nederlands internationaal privaatrecht te beoordelen of JP Morgan Chase in 2006 een geldig zekerheidsrecht op het schilderij heeft verkregen en wat de inhoud van dit zekerheidsrecht is?

Vraag 2

Stel dat in 2006 in New York ten behoeve van JP Morgan Chase een geldig zekerheidsrecht op

het schilderij is gevestigd. Welke invloed hebben de verplaatsingen van het schilderij over de landsgrenzen (in ieder geval naar Nederland in september 2008) op het bestaan en de inhoud van dit zekerheidsrecht?

Vraag 3

In overeenstemming met welk rechtstelsel dient u naar Nederlands internationaal privaatrecht te beoordelen of het Rijksmuseum de (on)bezwaarde eigendom van het schilderij heeft gekregen en hoe beoordeelt u de positie van het Rijksmuseum volgens het materiële recht van dit stelsel?

Vervolg casus

De verwikkelingen rond *De bocht van de Herengracht* zijn hiermee nog niet ten einde. Korte tijd nadat JP Morgan Chase het bestaan van haar zekerheidsrecht wereldkundig heeft gemaakt, laat ook ABN Amro weten dat zij aanspraak maakt op het schilderij. Het doek zou in 2007 stil aan de bank zijn verpand. Uit de berichtgeving over de affaire wordt niet duidelijk waar het schilderij zich in 2007 bevond.

Vraag 4

U mag aannemen dat het schilderij ook in 2007 in een Nederlands museum werd tentoongesteld, dat gedurende die periode ten behoeve van ABN Amro een Nederlands stil pandrecht op het schilderij is gevestigd en dat het in diezelfde periode komt tot een uitwinning. Naar welk rechtstelsel dient deze uitwinning plaats te vinden? Dient daarbij rekening te worden gehouden met het zekerheidsrecht van JP Morgan Chase en zo ja, op welke wijze?

Vraag 5

Stel dat het schilderij in 2007 in overeenstemming met de afspraken tussen Reijtenbagh en JP Morgan Chase aanwezig is in New York. Ziet u mogelijkheden voor ABN Amro om – in de wetenschap dat het schilderij in de (nabije)

* Prof.mr. H.L.E. Verhagen is hoogleraar internationaal privaatrecht, rechtsvergelijking en burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mw. mr. S. van Dongen is als onderzoeker verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

toekomst naar Nederland zal worden verplaatst – reeds op dat moment de vestigingshandeling te verrichten met als doel de uiteindelijke verkrijging van een geldig Nederlands stil pandrecht op het schilderij?

NB: U hoeft bij de beantwoording van de vragen 4 en 5 geen rekening te houden met de latere overdracht van het schilderij aan het Rijksmuseum.

Antwoord

In het oktobernummer van *Ars Aequi* vorig jaar eindigde deze rechtsvraag met ons vermoeden dat de zaak tot een goed einde leek te zijn gekomen, aangezien *De bocht van de Herengracht* sinds mei 2009 in het Rijksmuseum kon worden bewonderd. Dat goede einde is inmiddels definitief: Reijtenbagh heeft schikkingen getroffen met zowel ABN Amro als JP Morgan Chase, waarna beide banken hun claims op het schilderij hebben laten vallen.¹

De **eerste vraag** die werd gesteld, was naar welk rechtsstelsel volgens Nederlands internationaal privaatrecht dient te worden beoordeeld of JP Morgan Chase in 2006 een geldig zekerheidsrecht op het schilderij heeft verkregen en wat de inhoud van dat zekerheidsrecht is. Het antwoord op deze vraag is sinds 1 mei 2008 te vinden in artikel 2 van de Wet Conflictenrecht Goederenrecht ('WCG').² Uit het eerste lid van dit artikel volgt dat het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak wordt beheerst door de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt, de *lex rei sitae*, ofwel de wet van ligging. Blijkens de niet-limitatieve opsomming neergelegd in het vierde lid van artikel 2 WCG, omvat het goederenrechtelijke regime onder meer de aspecten waarnaar werd gevraagd, te weten de vereisten die worden gesteld aan het vestigen van een zekerheidsrecht op het schilderij en de aard en inhoud daarvan. Eveneens van belang is het vijfde lid van artikel 2 WCG, waaruit voortvloeit dat beslissend is de wet van ligging op het tijdstip waarop de noodzakelijke goederenrechtelijke rechtsfeiten geschieden. Overigens vormen deze regels een codificatie van recht dat geruime tijd vóór 2008 reeds gold. Wat betreft onroerende zaken was de regel neergelegd in artikel 7 van de Wet Algemene Bepalingen.³ De toepassing van de wet van ligging op roerende zaken berustte op ongeschreven recht. In 1999 heeft de Hoge Raad haar gesanctioneerd in het arrest Van der Boon/RG Lease, met de overweging dat

¹naar Nederlands internationaal privaatrecht (...) de vraag welke vereisten worden gesteld aan overdracht van de eigendom van een zaak, [wordt] beheerst door het recht van het land waar de zaak zich op het tijdstip van de op eigendomsoverdracht gerichte rechtshandeling bevindt (...).¹⁴

Wanneer de *lex rei sitae*-regel wordt toegepast op de feiten die in de rechtsvraag zijn gegeven, leidt dat tot het volgende antwoord op vraag 1. Het relevante goederenrechtelijke rechtsfeit in de zin van artikel 2 lid 5 WCG is de vestigingshandeling. Op het mo-

ment waarop ten behoeve van JP Morgan Chase een zekerheidsrecht op *De bocht van de Herengracht* werd gevestigd, hing het schilderij in het appartement van Reijtenbagh in de Trump Tower in New York. Dit betekent dat naar het recht van New York dient te worden beoordeeld of JP Morgan Chase in 2006 een geldig zekerheidsrecht op het schilderij heeft verkregen en wat daarvan de inhoud is.

Gegeven de bezwaring van het schilderij met een *security interest* beheerst door het recht van New York, was de tweede vraag welke invloed de verplaatsingen van het schilderij over de landsgrenzen (in ieder geval naar Nederland in september 2008) hebben op het bestaan en de inhoud van het zekerheidsrecht. Deze kwestie, ook wel aangeduid als *conflict mobile*, is geregeld in artikel 5 WCG. In overeenstemming met dit artikel geldt als uitgangspunt dat rechten op een zaak, die in overeenstemming met de wet van ligging zijn verkregen of gevestigd, op de zaak blijven rusten, ook wanneer deze wordt overgebracht naar een andere staat.

Omtrent dit uitgangspunt bestaat beduidend minder overeenstemming dan omtrent de *lex rei sitae*-regel. Dit blijkt mede uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 5 WCG. Naar aanleiding van het advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht had de grensoverschrijdende verplaatsing van een zaak in het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de WCG namelijk tot gevolg dat rechten die op de zaak rustten, in de ontvangende staat een door het recht van die staat beheerste inhoud verkregen.⁵ Deze opvatting wordt aangeduid als de *transformatieer*: bij elke grensovergang worden elders verkregen rechten getransformeerd tot lokale rechten. Indien bijvoorbeeld een zaak, bezwaard met een New Yorks *security interest*, wordt overgebracht naar Nederland, zou dat *security interest* van rechtswege worden omgezet in een Nederlands stil pandrecht. In de Tweede Nota van Wijziging heeft artikel 5 WCG uiteindelijk zijn huidige inhoud gekregen.⁶ Gekozen is daarmee voor de *assimilatieer*. Indien een zaak die zich in Nederland bevindt, in het verleden is bezwaard met een buitenlands zekerheidsrecht, blijft dit zekerheidsrecht als zodanig op de zaak rusten. Wanneer dit zekerheidsrecht in Nederland wordt geëxecuteerd, zal op deze executie het Nederlandse recht van toepassing zijn en zal het buitenlandse zekerheidsrecht door middel van assimilatie dienen te worden ingepast in het Nederlandse executiestelsel (zie verder de beantwoording van vraag 4).⁷ Niet alleen ingeval van een executie geldt het uitgangspunt van artikel 5 niet onverkort. Blijkens de tweede volzin van het artikel geldt immers dat een zakelijk gerechtigde de bevoegdheden die hij op grond van zijn zakelijke recht in de ontvangende staat heeft, niet kan uitoefenen op een wijze die onverenigbaar is met het recht van het land waarheen de zaak is verplaatst. Van onverenigbaarheid met het Nederlandse goederenrecht zal overigens slechts in uitzonderlijke situaties sprake zijn. Een voorbeeld wordt gevormd door de mogelijkheid die in het Franse recht bestaat om ten aanzien van een roerende zaak een tijdelijk vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke werking

- 1 Zie o.a. L. Willems, 'Deal Reijtenbagh met bank', *FD* 28 september 2009, p. 1.
- 2 Wet van 25 februari 2008, *Stb.* 2008, 70, laatstelijk gewijzigd bij wet van 1 juli 2009, *Stb.* 2009, 255.
- 3 Wet van 15 mei 1829, *Stct.* 1829, 28, laatstelijk gewijzigd bij wet van 1 mei 2008, *Stb.* 2008, 70.
- 4 HR 3 september 1999, *NJ* 2001, 405, r.ov. 3.3 (*Van der Boon/RG Lease*). Zie ook H.L.E. Verhagen, 'Roerende zaken in het internationaal privaatrecht (I) en (II, slot)', *WPNR* 2007, p. 468-478 en 495-501 ('Verhagen 2007-I'), p. 469; H.L.E. Verhagen, *Conflict mobile bij roerende zaken: assimilatie of transformatie?*, Deventer: Kluwer 2007 ('Verhagen 2007-II'), p. 7.
- 5 Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, *Internationaal goederenrecht*, November 1998 ('Staatscommissie IPR 1998'), p. 23-33 www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/staatscommissie-ipr.aspx, geraadpleegd op 13 januari 2010; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 876, nr. 2, p. 2-3.
- 6 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 876, nr. 10, p. 1. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 876, nr. 9, p. 4-5.
- 7 Aldus ook Verhagen 2007-II, p. 59; P. Veder, 'Goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk', in: R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (preadvies KNB 2009), Den Haag: SDU 2009, p. 269-322 ('Veder 2009'), p. 282-284.

overeen te komen.⁸ Indien de zaak vervolgens naar Nederland zou worden verplaatst, zou erkenning van een dergelijk vervreemdingsverbod afstuiten op het in artikel 3:83 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt dat roerende zaken onbeperkt overdraagbaar zijn.⁹ Wat de tweede zin van artikel 5 WCG echter zeker *niet* betekent, is dat elke schending van een dwingende goederenrechtelijke bepaling leidt tot onverenigbaarheid met het Nederlandse goederenrecht.¹⁰

Gelet op het voorgaande luidt het antwoord op **vraag 2** dat de verplaatsingen van het schilderij over de landsgrenzen geen invloed hebben op het *bestaan* en de *inhoud* van het zekerheidsrecht. Met andere woorden, het zekerheidsrecht van JP Morgan Chase blijft op het schilderij rusten en dit zekerheidsrecht blijft een *security interest* dat wordt beheerst door het recht van New York. JP Morgan Chase kan de bevoegdheden die haar als zekerheidsgerechtigde toekomen echter niet uitoefenen op een wijze die onverenigbaar is met het Nederlandse recht.

In **vraag 3** vroegen we u volgens welk rechtsstelsel naar Nederlands internationaal privaatrecht dient te worden beoordeeld of het Rijksmuseum de (on)bezwaarde eigendom van het schilderij heeft gekregen en hoe u de positie van het Rijksmuseum volgens het materiële recht van dit stelsel zou beoordelen. Evenals gold voor vraag 1, dient het eerste deel van deze vraag op grond van artikel 2 WCG te worden beantwoord aan de hand van de wet van ligging op het tijdstip van het relevante goederenrechtelijke rechtsfeit. Deze wet van ligging beheerst niet alleen de geldigheid van de overdracht, maar ook de vraag of het eerder gevestigde New Yorkse zekerheidsrecht aan het Rijksmuseum kan worden tegengeworpen. Aangezien *De bocht van de Herengracht* ten tijde van de (beoogde) overdracht, in september 2008, werd tentoongesteld in het Mauritshuis in Den Haag, is op deze overdracht Nederlands recht van toepassing.

Een succesvolle overdracht vereist naar materieel Nederlands goederenrecht een levering krachtens een geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken (artikel 3:84 lid 1 BW). Het gaat dus om drie vereisten: een geldige titel, een geldige levering en beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. De eis van een geldige titel zal in dit geval zijn vervuld door de aanwezigheid van een geldige koopovereenkomst tussen Reijtenbagh en het Rijksmuseum. Een geldige levering vereist vervolgens een goederenrechtelijke overeenkomst en de vervulling van leveringsformaliteiten.¹¹ Krachtens artikel 3:90 BW dient de levering plaats te vinden door bezitsverschaffing. In de periode van de beoogde overdracht werd *De bocht van de Herengracht* tentoongesteld in het Mauritshuis. Dit betekent dat het schilderij niet conform artikel 3:114 BW feitelijk aan het Rijksmuseum kon worden overgegeven. In plaats daarvan kon levering blijken artikel 3:115 BW hetzij plaatsvinden *constitutum possessorium* (sub a), hetzij *longa manu* (sub c). Een levering *constitutum possessorium* zou betekenen dat Reijtenbagh middellijk houder wordt voor het Rijksmuseum. Problematisch is echter dat deze wijze van levering

wordt gerelativeerd ten opzichte van derden met een ouder recht, zoals JP Morgan Chase (art. 3:90 lid 2 BW).¹² Hiervan is geen sprake bij de levering *longa manu*, waardoor het Mauritshuis, dat het schilderij voor de overdracht hield voor Reijtenbagh, het na de overdracht is gaan houden voor het Rijksmuseum.¹³ Ten slotte is vereist beschikkingsbevoegdheid aan de zijde van Reijtenbagh. Als rechthebbende op het schilderij is Reijtenbagh bevoegd om over het schilderij te beschikken. Het schilderij is echter reeds eerder bezwaard met een zekerheidsrecht dat, gelet op het daaraan verbonden zaaksgevolg ofwel *droit de suite*, in beginsel op het schilderij blijft rusten. Dit betekent dat het Rijksmuseum door de overdracht eigenaar is geworden van het schilderij, belast met het zekerheidsrecht ten behoeve van JP Morgan Chase.

Wellicht kan het Rijksmuseum echter bescherming ontleen aan artikel 3:86 lid 2 BW. Uit deze bepaling vloeit voort dat het zekerheidsrecht van JP Morgan Chase vervalt, indien het Rijksmuseum het zekerheidsrecht op het tijdstip van de overdracht niet kende en ook niet behoorde te kennen. Aannemelijk is dat het Rijksmuseum de aanwezigheid van het zekerheidsrecht niet kende. Behoorde het Rijksmuseum dit zekerheidsrecht te kennen, of bestond voor het Rijksmuseum geen reden om nader onderzoek te verrichten? Naar New Yorks recht bestaat de mogelijkheid om in een openbaar register te achterhalen of een bepaalde persoon zekerheden heeft verstrekt. Bijgevolg had het Rijksmuseum – althans in theorie – dit register kunnen raadplegen om te achterhalen of Reijtenbagh zekerheden had verstrekt aan JP Morgan Chase.

Bij de beoordeling van de vraag of het Rijksmuseum door artikel 3:86 lid 2 BW wordt beschermd, manifesteert zich het zogeheten *tweefasen-IPR*. In de *eerste fase* wordt een internationale rechtsverhouding verwezen naar het daarop toepasselijke recht. Zoals we zojuist hebben gezien, is in dit geval op de overdracht van het schilderij aan het Rijksmuseum het Nederlandse recht van toepassing. Vervolgens dienen – in de *tweede fase* – de materiële regels van dit toepasselijke recht op de internationale rechtsverhouding te worden toegepast. Ook in deze tweede fase kan het internationale karakter van de rechtsverhouding een rol spelen, bijvoorbeeld bij de zojuist besproken assimilatie. De vraag in welke mate bij de toepassing van het Nederlandse goederenrecht – hier artikel 3:86 lid 2 BW – rekening dient te worden gehouden met het feit dat een zekerheidsrecht in een buitenlands openbaar register is geregistreerd, kan men eveneens rekenen tot de tweede fase.

In hoeverre dient in dit geval met de registratie van het zekerheidsrecht in het register in New York rekening te worden gehouden? Aan de ene kant kan worden betoogd dat het raadplegen van buitenlandse – vanuit Nederland wellicht lastig te raadplegen – registers niet van het Rijksmuseum mag worden verlangd. Dit geldt temeer nu het gaat om een bezitloos zekerheidsrecht en in Nederland geen vergelijkbaar openbaar register bestaat waarin een verkrijger kan nagaan of een roerende zaak met een dergelijk zekerheidsrecht is bezwaard. Dit zou slechts anders zijn, indien bijzondere omstandigheden het

8 F. Terré & Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Parijs: Dalloz 2002, p. 122-129.

9 Voorbeeld ontleend aan Verhagen 2007-II, p. 74-75.

10 Zie verder Verhagen 2007-II, p. 69-71.

11 W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 ('Pitlo/Reehuis e.a. 2006'), p. 111-116 omtrent de – door sommigen bestreden – eis van een goederenrechtelijke overeenkomst, waarvan we de aanwezigheid hier veronderstellen.

12 Pitlo/Reehuis e.a. 2006, p. 196-203.

13 Pitlo/Reehuis e.a. 2006, p. 204-207.

Rijksmuseum toch tot nader onderzoek hadden moeten aanzetten. In één van de vele krantenartikelen die aan de affaire rond *De bocht van de Herengracht* zijn gewijd, wordt bij wijze van voorbeeld gewezen op de mogelijkheid dat 'het Rijksmuseum het schilderij (...) bij JP Morgan Chase uit de kluis had opgehaald (...)':¹⁴ Nu niet van een dergelijke omstandigheid blijkt, zou het Rijksmuseum in deze benadering inderdaad tegen de gedeeltelijke beschikkingsonbevoegdheid van Reijtenbagh worden beschermd en zou het zekerheidsrecht ten behoeve van JP Morgan Chase vervallen.

Aan de andere kant kan gewicht worden toegekend aan de omstandigheid dat het hier gaat om de overdracht van een schilderij op de internationale kunstmarkt. Op het Rijksmuseum als een partij waarvan een ruime ervaring met dergelijke transacties mag worden verwacht, rustte een verzwaarde onderzoeksplicht omtrent de mogelijkheid dat Reijtenbagh reeds eerder door buitenlands goederenrecht beheerste zekerheidsrechten had verstrekt. Om aan deze verzwaarde onderzoeksplicht te voldoen, had het Rijksmuseum in ieder geval het openbare register in New York moeten raadplegen. Op grond van deze omstandigheden zou kunnen worden verdedigd dat het Rijksmuseum geen bescherming kan ontlenen aan artikel 3:86 lid 2 BW en het zekerheidsrecht ten behoeve van JP Morgan Chase tegen zich moet laten gelden.

De uitwinning van zekerheidsrechten stond vervolgens centraal in **vraag 4**. Wij vroegen u naar welk rechtsstelsel deze uitwinning dient plaats te vinden en of daarbij rekening gehouden moet worden met het eerder gevestigde zekerheidsrecht ten behoeve van JP Morgan Chase en zo ja, op welke wijze.

Indien het tot een uitwinning komt in een periode waarin het schilderij zich in Nederland bevindt, wordt deze uitwinning beheerst door Nederlands beslag- en executierecht.¹⁵ Nederlands recht beheerst dan onder meer de rangorde tussen beide zekerheidsrechten. Zoals reeds kort is aangegeven in ons antwoord op vraag 2, zal in dit geval het buitenlandse zekerheidsrecht met behulp van *assimilatie* dienen te worden ingepast in ons executiestelsel. In het arrest *Sisal II* heeft de Hoge Raad overwogen dat daartoe dient te worden onderzocht

¹⁴ of met het oog op de toepassing van een bepaalde Nederlandse regeling (...) het buitenlandse zekerheidsrecht naar *inhoud* en *strekking* [cursivering: HV en SvD] gelijkgesteld kan worden met een verwant Nederlands zekerheidsrecht.¹⁶

Aldus dient te worden beoordeeld met welk Nederlands zekerheidsrecht een *security interest*, beheerst door het recht van New York, kan worden gelijkgesteld. Uit de casus blijkt dat het gaat om een zekerheidsrecht op een schilderij. Dit betekent dat het Nederlandse pandrecht het meest voor gelijkstelling in aanmerking komt. Naar Nederlands recht bestaan twee vormen van pandrecht op roerende zaken, te weten het vuistpandrecht en het stille pandrecht. Het essentiële verschil tussen deze vormen is dat krachtens artikel 3:236 BW voor de vestiging van een vuistpandrecht – anders dan voor

een stil pandrecht – is vereist dat de zaak in de macht wordt gebracht van de pandhouder of, indien partijen dit overeenkomen, van een derde. Blijkens de casus hadden Reijtenbagh en JP Morgan Chase afgesproken dat *De bocht van de Herengracht* in het appartement van Reijtenbagh in New York diende te blijven. Dit betekent dat het schilderij na de vestiging van het zekerheidsrecht in de macht is gebleven van zekerheidsgever Reijtenbagh. Op grond hiervan dient het *security interest* beheerst door het recht van New York, te worden gelijkgesteld met een Nederlands stil pandrecht.

De lastigste vraag ten slotte was **vraag 5**, waarin wij veronderstelden dat *De bocht van de Herengracht* in 2007 aanwezig was in New York. Wat wij u vroegen, was of u mogelijkheden zag voor ABN Amro om – in de wetenschap dat het schilderij in de nabije toekomst naar Nederland zou worden verplaatst – reeds op dat moment de vestigingshandeling te verrichten, om uiteindelijk een geldig Nederlands stil pandrecht op het schilderij te verkrijgen. Ter beantwoording van deze vraag dienen twee situaties goed van elkaar te worden onderscheiden.

In de eerste situatie vindt een *voorwaardelijke overdracht* plaats; levering geschiedt ter uitvoering van een verbintenis onder voorwaarde. Het kan gaan om hetzij een opschortende voorwaarde, als gevolg waarvan de werking van de verbintenis pas met het plaatsvinden van de gebeurtenis aanvangt, hetzij een ontbindende voorwaarde, waardoor de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis vervalt (art. 6:22 BW). Zo hadden Reijtenbagh en het Rijksmuseum hun koopovereenkomst kunnen sluiten onder de opschortende voorwaarde dat de echtheid van het schilderij door experts van het Rijksmuseum zou worden bevestigd. Indien Reijtenbagh vervolgens ter uitvoering van deze voorwaardelijke verbintenis tot overdracht het schilderij aan het Rijksmuseum zou leveren zou, indien *op dat moment* ook de overige vereisten voor overdracht zijn vervuld, voltooiing van de levering in overeenstemming met artikel 3:84 lid 4 BW tot gevolg hebben dat het Rijksmuseum eigenaar *onder opschortende voorwaarde* wordt. Indien de echtheid van het schilderij op een later tijdstip wordt bevestigd, gaat de voorwaarde op dat tijdstip in vervulling en wordt het Rijksmuseum van rechtswege *onvoorwaardelijk* eigenaar van het schilderij.¹⁷ Zoals wordt opgemerkt door Faber, hoeven de overdrachtsvereisten op het moment waarop de voorwaarde wordt vervuld, *niet* meer aanwezig dan wel geldig te zijn.¹⁸ In deze eerste situatie kan voor de toepassing van de hoofdregel van artikel 2 WCG dan ook worden aangeknoopt bij de *lex rei sitae* ten tijde van de levering als het relevante goederenrechtelijke rechtsfeit.¹⁹ Een ander – bekend – voorbeeld van een voorwaardelijke overdracht is de overdracht onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs, ofwel de overdracht onder eigendomsvoorbehoud. De goederenrechtelijke gevolgen van een eigendomsvoorbehoud worden ingevolge artikel 3 lid 1 WCG beheerst door de *lex rei sitae* ten tijde van de levering. In onze optiek bevestigt deze bepaling dat ook ingeval van een andere voorwaardelijke

¹⁴ F. Jensma, 'Juridische strijd over schilderij "Gouden Bocht"; Miljonair gaf doek in onderpand', *NRC Handelsblad* 24 april 2009, p. 9.

¹⁵ Aldus ook Verhagen 2007-II, p. 59.

¹⁶ HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 241, r.ov. 3.3 (*Sisal II*; *JOR* 2002/70, m.nt. H.L.E. Verhagen).

¹⁷ Aldus ook Pitlo/Reehuis e.a. 2006, p. 100-102.

¹⁸ N.E.D. Faber, 'Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde. Een uitgemaakte zaak?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 182-183.

¹⁹ Verhagen 2007-I, p. 472.

overdracht dan de overdracht onder eigendomsvoorbehoud, het relevante moment voor de vaststelling van het toepasselijke recht wordt gevormd door het tijdstip van de levering.

In de tweede situatie gaat het om de *levering bij voorbaat van toekomstige zaken*. Toekomstige zaken zijn zaken die hetzij nog niet bestaan (absoluut toekomstige zaken), hetzij weliswaar reeds bestaan, maar in eigendom nog niet toebehoren aan de persoon die omtrent de goederen wenst te beschikken (relatief toekomstige zaken).²⁰ Een (voorwaardelijke dan wel onvoorwaardelijke) overdracht van deze zaken kan nog niet plaatsvinden, omdat de vervreemder nog niet beschikkingsbevoegd is. Wel bestaat gelet op artikel 3:97 BW de mogelijkheid om ten aanzien van een toekomstige zaak reeds *bij voorbaat* de vereiste leveringsformaliteiten te vervullen. Indien de vervreemder vervolgens de zaak verkrijgt en daarmee beschikkingsbevoegd wordt, komt de overdracht op dat moment *van rechtswege* tot stand.²¹ Anders dan bij de hiervoor besproken voorwaardelijke overdracht, valt het tijdstip waarop de leveringshandeling wordt verricht (T1) in dit geval *niet* samen met het tijdstip waarop de overdracht plaatsvindt (T2). Daarnaast geldt dat, aangezien het om toekomstige zaken gaat, op eerstgenoemd tijdstip (T1) veelal nog geen *lex rei sitae* kan worden bepaald. Gelet hierop ligt voor de hand om in deze situatie het eerstvolgende goederenrechtelijke rechtsfeit te gebruiken als beslissend tijdstip voor aanknoping bij de *lex rei sitae*. In deze opvatting dient te worden aangeknoopt bij het recht van ligging op het moment waarop de overdracht wordt voltooid (T2).²² Dit is tevens de opvatting van de Staatscommissie, die in haar advies het volgende voorbeeld geeft:

'Als, op basis van een beding dat deel uitmaakt van een contract (...) in Amsterdam een akte wordt getekend waarbij zekere partijen koffie die in het volgende kalenderjaar in Londen zullen worden aangevoerd, bij voorbaat worden geleverd, wordt het goederenrechtelijke gevolg van de levering bij voorbaat beheerst door het Engelse recht van het land van ligging na aanvoer.'²³

Uit de Parlementaire Geschiedenis van de WCG blijkt dat de wetgever zich bij deze oplossing heeft aangesloten.²⁴

De situatie die wij aan u voorlegden, is een bijzondere. Op het eerste gezicht lijkt zij sterk op de voorwaardelijke overdracht: aan alle voorwaarden voor een geslaagde vestiging van een zekerheidsrecht kan immers reeds worden voldaan. Aangezien het schilderij zich echter nog in New York bevindt, zou toepassing van de hoofdregel, de wet van ligging ten tijde van de levering, met zich brengen dat de zaak wordt bezwaard met een New Yorks *security interest*. Dit terwijl het nu juist de bedoeling van partijen is dat in goederenrechtelijk opzicht niets gebeurt, totdat de zaak in Nederland aankomt. Op het moment van aankomst in Nederland dient *De bocht van de Herengracht* van rechtswege te worden bezwaard met een Nederlands stil pandrecht. Hiervoor is noodzakelijk dat het tijdstip van aanknoping aan

de *lex rei sitae* kan worden uitgesteld tot het tijdstip waarop het schilderij in Nederland aankomt. Deze mogelijkheid biedt de WCG echter niet. Slechts in de hiervoor besproken situatie van een levering bij voorbaat van toekomstige goederen, wordt het aanknopingsmoment uitgesteld tot het latere moment waarop de overdracht wordt voltooid. Wij achten echter verdedigbaar dat desondanks tegemoet wordt gekomen aan de gerechtvaardigde wens van Reijtenbagh en ABN Amro. Dit zou mogelijk zijn indien het toepassingsbereik van de regel die in artikel 3 lid 2 WCG is neergelegd, wordt verruimd. Artikel 3 lid 2 WCG biedt partijen de mogelijkheid om ten aanzien van de goederenrechtelijke rechtsgevolgen van een eigendomsvoorbehoud van een voor uitvoer bestemde zaak overeen te komen dat deze niet worden beheerst door het recht van het land waar de zaak zich bevindt ten tijde van de levering (lid 1), maar door het recht van het bestemmingsland. Deze beperkte rechtskeuzemogelijkheid zou analogisch op de onderhavige situatie kunnen worden toegepast. Wij menen dat een dergelijke analogische toepassing heel verdedigbaar is. Reijtenbagh en ABN Amro waren ervan op de hoogte dat het schilderij in de nabije toekomst zou worden verplaatst naar Nederland. Dit betekent dat New York als plaats van ligging veel van zijn aanknopingswaarde heeft verloren en dat het aan hen moet worden toegestaan om een rechtskeuze te maken voor Nederlands recht als het recht van het toekomstige land van ligging. Met ditzelfde argument zouden wij zelfs verder willen gaan en betogen dat het partijen in alle grensoverschrijdende goederenrechtelijke rechtshandelingen dient te worden toegestaan om een rechtskeuze te maken voor het recht van het bestemmingsland.²⁵

Voor de liefhebbers van juridische dogmatiek ten slotte het volgende. In de eerste situatie ging het om een voorwaardelijke overdracht. Daarbij vindt levering *onvoorwaardelijk* plaats en kan worden aangeknoopt bij de *lex rei sitae* ten tijde van deze levering. Ingeval van een *voorwaardelijke levering*, waarvan sprake was in zowel de tweede situatie (de voorwaarde was het verkrijgen van beschikkingsbevoegdheid door de vervreemder) als in de derde situatie (de voorwaarde was de aankomst van het schilderij in Nederland), dient te worden aangeknoopt bij de wet van ligging op het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat.

Drie studenten hebben zich ingespannen om de rechtsvraag zo goed mogelijk te beantwoorden. Wij willen deze studenten complimenteren met de ingezonden antwoorden en hen hartelijk bedanken voor de moeite die zij zich daartoe hebben getroost. Twee van hen, Arjan Snijder (RuG, derdejaars) en Hanneke Palm (UU, derdejaars), belonen wij met een keuze uit het Ars Aequi Libri-fonds. Onze felicitaties gaan uit naar Wouter van den Wildenberg (UvT, vierdejaars), die het beste antwoord heeft ingestuurd. Hij is daarmee de onbetwiste winnaar van de prijs van €50,- en mag daarnaast een keuze maken uit genoemd fonds.

20 Pitlo/Reehuis e.a. 2006, p. 12.

21 Pitlo/Reehuis e.a. 2006, p. 268-270.

22 Aldus ook Verhagen 2007-I, p. 472; Verhagen 2007-II, p. 11-12; Veder 2009, p. 275.

23 Staatscommissie IPR 1998, p. 15.

24 Kamerstukken II 2006/07, 30 876, nr. 3, p. 5.

25 Zie reeds Verhagen 2007-I, p. 476-477; Verhagen 2007-II, p. 14, alsmede Veder 2009, p. 277.